

# La gestión colectiva ¿Continúa transitando por una encrucijada?<sup>1</sup>

Antonio J. D'Jesús P.<sup>11</sup>

<https://www.doi.org/10.53766/PI/2022.23.01>

Recibido: 30-12-2021 Aceptado: 14-02-2022

## Resumen

El Dr. Mihály Ficsor, como presidente del Consejo de Derecho de Autor de Hungría, escribió un artículo publicado por la UNESCO en el año 2003 que tituló «La Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en una triple encrucijada: ¿Deberá seguir siendo voluntaria o podría “ampliarse” o establecerse de carácter obligatorio? Esta interrogante continúa sin respuesta en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas. La gestión colectiva del derecho patrimonial de autor sigue siendo voluntaria, fundamentada en el ejercicio del derecho de exclusividad que le asiste al autor sobre su obra y, en pocos países, la gestión colectiva del derecho de remuneración o simple remuneración, es de carácter obligatorio; sin embargo, en la presente investigación nos proponemos determinar si los estados latinoamericanos están cumpliendo con sus obligaciones asumidas en las declaraciones y pactos sobre derechos humanos a través de la gestión colectiva voluntaria o, si por el contrario, están en deuda legislativa frente a las nuevas ventanas de explotación de las obras protegidas por el derecho de autor.

**Palabras clave:** Derecho de autor, derecho patrimonial de autor, gestión colectiva, gestión colectiva voluntaria, gestión colectiva obligatoria.

---

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte de la línea de investigación sobre gestión colectiva que adelanta el autor constituyendo una actualización del trabajo titulado La gestión colectiva obligatoria.

Alternativa para la observancia efectiva del derecho patrimonial de autor, publicado en la Revista Panorámica del Audiovisual Iberoamericano, publicada por EGEDA, 2021.

<sup>11</sup> Abogado. Especialista en Propiedad Intelectual, Universidad de los Andes. Profesor agregado de Legislación Cultural Maestría en Gestión y Políticas Culturales de la Universidad Central de Venezuela y Profesor invitado en la Especialización en Propiedad Intelectual de la Universidad de los Andes. Director General la Entidad de Gestión Colectiva de los Productores Audiovisuales, EGEDA Venezuela. Correo electrónico: [dejesusa@gmail.com](mailto:dejesusa@gmail.com)

<sup>1</sup> FICSOR, Mihály. La gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos en una triple encrucijada: ¿Deberá seguir siendo voluntario o debería “ampliarse” o establecerse como obligatorio?, Boletín de Derecho de Autor, UNESCO, 2003.

## Does collective management. Continue transitting for a crossroad?

### Abstract

Dr. Mihály Ficsor<sup>2</sup>, as Chairman of the Hungarian Copyright Council, wrote an article published by UNESCO in 2003 entitled "Collective Management of Copyright and Related Rights at a triple crossroads: Should it remain voluntary or could it be "scaled up" or made mandatory? This question remains unanswered in most Latin American legislation. The collective management of the author's patrimonial right continues to be voluntary, based on the exercise of the exclusive right that the author has over his work and, in a few countries, the collective management of the right to remuneration or simple remuneration is mandatory; However, in the present investigation we propose to determine if the Latin American states are complying with their obligations assumed in the declarations and pacts on human rights through voluntary collective management or, if, on the contrary, they are in legislative debt before the new windows of exploitation of works protected by copyright.

**Keywords:** copyright, copyright, collective management, voluntary collective management, compulsory collective management.

### SUMARIO

PROLEGÓMENOS. I. LA NATURALEZA SOCIAL DEL DERECHO DE AUTOR. II. LA GESTIÓN INDIVIDUAL Y LA GESTIÓN COLECTIVA (VOLUNTARIA Y OBLIGATORIA) DEL DERECHO DE AUTOR. III. CONSIDERACIONES QUE JUSTIFICAN LAS ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA (VOLUNTARIA Y OBLIGATORIA) DEL DERECHO DE AUTOR. IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA (VOLUNTARIA Y OBLIGATORIA). V. DERECHOS DE AUTOR BAJO GESTIÓN COLECTIVA OBLIGATORIA EN IBEROAMÉRICA. EL CASO DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS AUDIOVISUALES. CONSIDERACIONES FINALES.

### PROLEGÓMENOS

1. La relevancia de la protección del derecho de autor en Iberoamérica se sustenta en que por los menos 21 países garantizan su protección constitucional; solo Cuba y Puerto Rico regulan su protección a partir de un régimen legal especial.

---

<sup>2</sup> FICSOR, Mihály. Collective management of copyright and related rights at a triple crossroads: Should it remain voluntary or should it be "broadened" or made mandatory?, Copyright Bulletin, UNESCO, 2003 [deborahrr@gmail.com](mailto:deborahrr@gmail.com).

2. Peter Drahos<sup>3</sup>, considera que el motor de la constitucionalización del derecho de autor en el mundo lo constituye la Declaración Universal de Derechos Humanos que, a pesar de asumir carácter obligatorio en el Acta final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, su altísimo valor moral ya era evidente desde su declaración por la Organización de las Naciones Unidas ocurrida el 10 de diciembre de 1948.

3. La Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), en su artículo XIII y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (París, 1948), en su artículo 27, incluyen el derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor en forma aunada y no subordinada; Albert Verdoot<sup>4</sup> enseña que, los autores de la Declaración Universal incluyeron ambos derechos en una sola norma porque consideraron que ambos eran convergentes, coadyuvantes, no contrapuestos y recíprocamente incompatibles<sup>5</sup>.

4. Es rescatable la influencia del Sistema Interamericano en el proceso de constitucionalización y regulación interna del derecho de autor, particularmente el Tratado de Montevideo sobre propiedad literaria y artística (1889), la Convención de Buenos Aires (1910) y la Convención de Washington (1946), conformando un sistema de protección alternativo al propuesto por Europa con el Convenio de Berna (1886) complementado luego por la Convención Universal sobre Derecho de Autor (1952), esta última administrada por la UNESCO, más flexible que Berna y cumplió un papel relevante en la transición legislativa de los países latinoamericanos para cumplir luego con los estándares mínimos de protección exigidos en Berna, allanando el camino con normas que permitieron avanzar en el proceso de hacerse parte de la propuesta europea, proceso alcanzado hoy por la mayoría de los países latinoamericanos.

5. La revisión de Roma (1928) del Convenio de Berna introduce las licencias obligatorias (aparte 2 del artículo 11 bis y artículo 13.1)<sup>6</sup> y en la revisión de Bruselas (1948) se amplía el concepto de comunicación pública

---

<sup>3</sup> DRAHOS, Peter. Filosofía de la propiedad intelectual, Dartmouth, 1996.

<sup>4</sup> VERDOOT, Albert. Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Nacimiento y Significación. Ediciones Biblioteca Mensajero, Madrid, 1970, p. 45.

<sup>5</sup> Para profundizar sobre este tema, GÓMEZ MUCI, Gileni. El Derecho de Autor en el marco de los derechos humanos y su consagración constitucional en España y demás países iberoamericanos. Editorial Jurídica Venezolana, colección Estudios Jurídicos, No. 112, Caracas, 2016.

<sup>6</sup> Guía del Convenio de Berna para la Protección de la Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971) (wipo.int). [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo\\_pub\\_615.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf)

de obras radiodifundidas y se establece que los Estados miembros pueden determinar las condiciones en la que se puede ejercer determinados derechos exclusivos de autor, fundamentos de la gestión colectiva alternativa a la gestión colectiva voluntaria. La revisión de París (1971) alude, en cierta forma, a la gestión de estos derechos, afirmando que «la protección se ejercerá en interés del autor y de sus derechohabientes» (artículo 2.6).

6. Finalmente, y para cerrar esta sintética línea histórica, en 1994 la Organización Mundial del Comercio establece el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionadas con el Comercio, Acuerdo ADPIC o TRIPS, obligándose los países miembros de la OMC<sup>7</sup>, aunque no sean parte del Convenio de Berna, a observar los artículos del 1 al 21 del mismo, así como su apéndice. Una disposición similar figura en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996).

7. De manera que, como síntesis, la mayoría de los países iberoamericanos protegen y articulan el sistema de protección del derecho de autor partiendo de un marco constitucional desarrollado a través de leyes nacionales y convenios o acuerdos internacionales, así como, en algunos casos, comunitarios o de integración. Nada falta en el orden nacional e internacional en Iberoamérica para considerar protegidos de forma originaria los derechos de los autores y los derechos conexos o afines, así como a los titulares que le asisten tales derechos de forma derivada.

8. La existencia en los países iberoamericanos de un marco jurídico que brinda protección suficiente al derecho de autor y que reconoce la institución de la gestión colectiva como herramienta imprescindible para hacer efectivo el derecho sustantivo de autor, frente a las denuncias de usuarios que desde el punto de vista de la competencia lo consideran desfavorable, amerita el estudio del sistema de protección y el establecimiento de los elementos que favorecen su aplicación y desarrollo, en este sentido nos aproximaremos a una revisión del tema de la gestión colectiva para delimitar los retos que esta última enfrenta ante el avance de las nuevas tecnologías que facilitan la circulación de obras protegidas por el derecho de autor.

---

<sup>7</sup> Constituida por 164 países, incluyendo a todos los que conforman Iberoamérica  
[https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/org6\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm)

## I. LA NATURALEZA SOCIAL DEL DERECHO DE AUTOR

9. Destaca la naturaleza social del derecho de autor a pesar de su carácter privado, alienable, territorial, temporal y revocable, por lo menos en lo que respecta al derecho patrimonial de autor, frente a la naturaleza individual o inherente a la persona de los derechos humanos, que caracteriza a este último como fundamental, inalienable, atemporal, irrevocable y universal, esta diferencia es la que hace susceptible de gestión colectiva al derecho patrimonial de autor.

10. El artículo 27,2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, reconoce que toda persona tiene derecho a la protección de sus intereses materiales y morales que le correspondan en razón de sus producciones científicas, literarias o artísticas, es decir, comenta Desantes<sup>8</sup> «no dice en razón de la creatividad ni por razón de sus ideas, sino por razón de la innovación que permita a la sociedad disfrutarlo, por eso la Propiedad Intelectual es el vínculo indisoluble entre la creatividad, la innovación y su difusión», formula usada en una gran mayoría de las constituciones Iberoamericanas.

11. Sobre el artículo 15,1,c del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales del 16 de diciembre de 1966, de contenido similar al 27,2 de la Declaración Universal, observó el Comité de las Naciones Unidas sobre los derechos económicos, sociales y culturales (observación general 17), en noviembre de 2005, en los siguientes términos: «Cualquier régimen de Propiedad Intelectual que dificulte a un Estado Parte el cumplimiento de sus obligaciones esenciales en relación con la salud, la alimentación y la educación o cualquier otro derecho reconocido en el Pacto es inconsistente con las obligaciones asumidas por este Estado»; destacándose la dimensión social del derecho de autor.

12. De manera que, parafraseando a Desantes<sup>9</sup>, el Derecho de Autor es una herramienta constitucional a disposición de los Estados para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, así como el desarrollo de las identidades culturales para la divulgación creadora y preservar la integridad de las producciones científicas,

<sup>8</sup> DESANTES, Manuel. Conferencia XXI Congreso ASIFI, México 27 de enero de 2014. YouTube link: La Propiedad Intelectual como Derecho Humano - Bing video

<sup>9</sup> DESANTES, Manuel. Conferencia XXI Congreso ASIFI, México 27 de enero de 2014. Op Cit.

literarias y artísticas para beneficio de la sociedad en su conjunto, protegiendo, principalmente, los intereses y las inversiones de los involucrados en la producción.

13. En síntesis, el Derecho de Autor, como derecho humano, en sentido amplio, pone énfasis, sobre todo, en su función social, más que en su aspecto privativo, su objetivo es entonces, como derecho humano, la rentabilidad social y no la rentabilidad económica per se, sino la utilidad social, y el hecho de que lleve algo nuevo a la sociedad es lo que justifica su protección.

14. El Derecho de Autor como bien social, debe exigir el cumplimiento de los otros derechos humanos, a modo de ver de Desantes, debe hacerse, no desde la perspectiva de la creación, ni siquiera desde la perspectiva del Derecho de Autor, sino desde la perspectiva de los resultados de la creación, es decir, desde la innovación y la divulgación.

15. Concluye Desantes «La Propiedad Intelectual es el instrumento que los seres humanos encontraron para vincular la creación -ex antes- con la innovación y la divulgación -ex post-. Como no hay innovación sin creación, la creación debe ser incentivada y la innovación recompensada.», constituyéndose la gestión colectiva en la principal herramienta dentro del Derecho de Autor para hacer efectivo el derecho humano de acceso a la cultura, a la educación o al ocio.

## **II. LA GESTIÓN INDIVIDUAL Y LA GESTIÓN COLECTIVA (VOLUNTARIA Y OBLIGATORIA) DEL DERECHO DE AUTOR**

16. El contenido del Derecho de Autor, conforme al sistema latino-continental, comprende facultades de orden moral y patrimonial.

17. El Derecho de Autor otorga reconocimiento a los autores cuando sus creaciones son originales, permitiendo el derecho a obtener una retribución económica por la explotación de sus obras cuando estas, por su innovación, satisfacen un interés social, como es el derecho a la cultura de acceder a la creación divulgada por el autor para satisfacer el derecho al ocio o el derecho a la educación, entre otros derechos humanos.

18. La retribución económica forma parte de la esfera del derecho patrimonial de autor que comprende derechos exclusivos (comunicación pública, distribución, reproducción, puesta a disposición) o de remuneración (v. gr. derecho de participación y derecho de compensación equitativa).

19. Al titular del derecho patrimonial exclusivo le asiste la facultad de autorizar el uso de su obra protegida, lo que, en su vertiente negativa se traduce en la posibilidad de prohibir tales utilizaciones. En estos casos, el objeto de la gestión individual es un auténtico *ius prohibendi* si el usuario no consigue obtener la autorización y honrar el pago de la remuneración económica<sup>10</sup>.

20. A diferencia del titular del derecho patrimonial exclusivo, al titular del derecho de patrimonial de remuneración o simple remuneración, no le asiste el derecho exclusivo de autorizar el uso de su obra protegida, pero sí un derecho irrenunciable a recibir una remuneración por su uso de parte del usuario.

21. La obtención de autorizaciones para el uso de múltiples obras representa el objetivo principal en el desarrollo de determinadas actividades económicas. Con la finalidad de garantizar seguridad jurídica a los usuarios y un efectivo ejercicio del derecho patrimonial de autor, el legislador ha favorecido al titular del derecho de autor en el ejercicio de su propio derecho o a través de la gestión colectiva voluntaria, cuando se trata de derechos exclusivos, o estableciendo como obligatoria la gestión colectiva en caso de derechos de simple remuneración.

22. La gestión individual y colectiva del derecho de autor hace referencia al ejercicio del derecho patrimonial por parte de los titulares, lo que esencialmente se refiere al otorgamiento a favor del usuario, por el titular o en nombre de los titulares del derecho de autor, de la autorización correspondiente mediante licencia y luego del pago al autor o la recaudación de los pagos por

---

<sup>10</sup> La ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual de Chile establece en el artículo 21, segundo inciso, que “En ningún caso las autorizaciones otorgadas por dichas entidades de gestión colectiva podrán limitar la facultad de los titulares de derechos de administrar sus obras en forma individual respecto de utilizaciones singulares de ellos”, desprendiéndose que el derecho de decidir sobre la autorización siempre estará en cabeza del titular del derecho, siendo así, algunas modalidades de explotación que no se gestionen bajo el manto de la gestión individual propia o por mandato, gestión colectiva voluntaria, deja en puertas la gestión colectiva obligatoria como herramienta para hacer efectivo el derecho de autor. Una regulación similar presenta el artículo 24 de la Ley 17.616 del Uruguay.

la entidad de gestión colectiva conforme a la tarifa previamente establecida y publicada.

23. La gestión individual consiste en la administración y el ejercicio de las facultades patrimoniales de forma directa por el titular del derecho de autor.

24. La gestión colectiva se refiere al ejercicio del derecho patrimonial de autor, pero ya no por el propio titular, sino a través de una persona jurídica que actúa conforme a su reglamentación estatutaria por cuenta de varios titulares de derechos, ya sea porque estos la comisionan de forma voluntaria o porque la ley lo establece de forma obligatoria.

25. La gestión colectiva obligatoria es una opción a la gestión voluntaria. Este tipo de gestión es determinada por ley cuando los derechos patrimoniales de autor no sean gestionados o sean imposible de gestionar de forma individual.

26. La gestión colectiva obligatoria no trata sobre el desconocimiento del derecho exclusivo de autor de decidir cómo administrar el derecho de explotación que le asiste o desconocer su derecho de exclusiva, sino de una herramienta legal imprescindible para la observancia efectiva del derecho de autor cuando no es posible su gestión individual que brinda seguridad jurídica al usuario y garantiza la divulgación de la creación protegida por encontrarse ésta dentro del dominio privado.

27. La actualización legislativa iberoamericana exige la revisión de los regímenes de la gestión colectiva, especialmente en lo referente a la gestión colectiva obligatoria para la administración de derechos patrimoniales exclusivos, para adecuarlas a las exigencias de los usuarios y los nuevos modelos de usos.

### **III. CONSIDERACIONES QUE JUSTIFICAN LAS ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA (VOLUNTARIA Y OBLIGATORIA) DEL DERECHO DE AUTOR**

28. El fomento a la cultura pasa por la posibilidad real de que la obra pueda ser difundida con la autorización del titular del derecho de autor en todas las formas o ventanas existentes en el mercado para facilitar el ejercicio



del derecho de acceso a la cultura, el derecho al ocio, el derecho a la educación, entre otros derechos humanos. Cada forma de explotación es necesaria y garantiza, por lo menos, bajo la observancia del derecho de autor: la difusión de la obra, la valoración de la obra por la crítica, la remuneración económica del titular del derecho de autor sobre la obra y el derecho de acceso a la cultura.

29. El verdadero peligro para las culturas nacionales es que, la falta de hábito de los usuarios de respetar los derechos de los titulares de derecho de autor por no existir un sistema eficiente de protección del derecho de autor, se desaliente la creación y haga casi imposible la constitución de entidades de gestión colectiva de derechos de autor por falta de un repertorio nacional<sup>11</sup>, de manera que los estados deben establecer el cumplimiento de sus obligaciones esenciales en relación con los derechos humanos reconocidos en las diferentes declaraciones y pactos sobre derechos humanos. La falta de adecuación en la observancia de los derechos humanos es inconsistente con las obligaciones legales asumidas por los estados, de forma que la gestión colectiva constituye una herramienta para que los estados cumplan con sus obligaciones esenciales.

30. La opción de una gestión colectiva voluntaria, promocionada por los propios titulares del derecho patrimonial de autor, responde a la vieja aspiración de los creadores de considerar como parte de su derecho exclusivo, el poder administrar su propio derecho de autor o confiarlo voluntariamente a una entidad de gestión colectiva que los represente, esta consideración pudiera estar cambiando frente a las nuevas tecnologías y modelos de divulgación de las creaciones, haciendo necesario que los estados, como obligados en la observancia efectiva de los derechos humanos, establezcan como obligatoria la herramienta de la gestión colectiva.

31. Sobre la gestión colectiva voluntaria, el artículo 44 de la Decisión Andina 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, establece que “La asociación de los titulares de derechos a una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor o de derechos conexos, será voluntaria, salvo disposición expresa en contrario de la legislación interna de los países miembros”, de manera que la norma andina prevé la posibilidad que en las leyes nacionales de los países miembros se pueda establecer la asociación obligatoria de titulares de derechos patrimoniales de autor en entidades de gestión colectiva.

---

<sup>11</sup> UCHTENHAGEN, Ulrich. El establecimiento de una sociedad de derecho de autor. Experiencias y observaciones. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2005, p

32. La gestión colectiva obligatoria responde a la consideración legal de la eficaz observancia del derecho patrimonial de autor cuando este no puede ser gestionado o sea imposible de gestionar por el titular del derecho de forma directa, y cuando no satisfaga los derechos humanos; rigiendo para todos los titulares de derechos sobre un modelo de explotación particular, socios o no de la entidad de gestión colectiva, así como para la totalidad de obras del género de la modalidad regulada. Es posible establecer entonces una relación obligatoria entre la entidad de gestión colectiva y el titular del derecho patrimonial, por ficción de la ley.

33. Las entidades de gestión colectiva de derecho de autor, tanto de naturaleza voluntaria como obligatoria, brindan ventajas de carácter social, cultural y económico para el titular del derecho patrimonial de autor y para el usuario, a saber:

a. Es la principal herramienta de los estados para cumplir con sus obligaciones sobre derechos humanos asumidas en las declaraciones y pactos internacionales. El sistema de la Propiedad Intelectual, dentro del cual se encuentra el Derecho de Autor que a su vez prevé la gestión colectiva del derecho de autor, es la principal herramienta para garantizar la protección de la innovación y la divulgación de las producciones creativas protegidas por la ley sobre derecho de autor, así como garantizar la remuneración que le corresponde al autor por su uso o disfrute.

b. El Ejercicio efectivo del Derecho de Autor. La gestión colectiva es seguramente la principal herramienta legal que permite al titular del derecho de autor hacer efectiva la prerrogativa constitucional de protección del derecho que le asiste, cuando no puede o se hace imposible hacerla valer frente a terceros usuarios de forma directa o personal.

c. Garantiza la difusión lícita de obras y la seguridad jurídica de los usuarios. La gestión colectiva garantiza el uso lícito de las obras por parte de los usuarios, conforme a los propósitos e intereses del titular del derecho de autor, de forma segura, sencilla, transparente y económica, reduciendo costos en el cumplimiento de la obligación al tener un solo punto de referencia para obtener la licencia.

d. Garantiza el respeto al derecho moral de autor. A través de la gestión colectiva es posible garantizar la identidad del autor en la explotación

o uso de la obra, la identidad nacional, la diversidad cultural, el patrimonio cultural nacional y universal.

e. Es una solución al ejercicio individual del derecho de autor frente a las nuevas tecnologías, la omnipresencia del usuario y la simultaneidad en el uso. Con la aparición regular de las nuevas tecnologías, el ejercicio individual del derecho de autor no resulta favorable al autor en términos de tiempo, esfuerzo y dinero frente a la universalidad del usuario y el uso simultáneo de la obra, por lo que es necesario que los titulares del derecho de autor acudan a las entidades de gestión colectiva para hacer respetar de forma conjunta la creación intelectual en el territorio nacional y en los territorios extranjeros, elevando de esta manera la eficiencia productiva del usuario.

f. Es una solución al ejercicio individual del derecho de autor frente al uso de la obra protegida en cualquier lugar del mundo. La gestión colectiva de derechos de autor, a través de los contratos de reciprocidad con otras entidades de igual naturaleza, hacen eficaz la protección del derecho de autor, facilitan el acceso a la cultura, fortalecen la identidad nacional, garantizan el derecho de autor y fortalecen el derecho de libertad de creación cultural a través de la producción, inversión y divulgación.

g. Es una herramienta que garantiza la gestión del derecho de remuneración por los usos secundarios que se hagan de la obra protegida, no solo a nivel de jurisdicción nacional, sino en los territorios del mundo.

h. Constituyen una solución a la seguridad social del titular del derecho de autor. Las entidades de gestión colectiva desarrollan políticas de responsabilidad social a pesar de que ese no es su objeto social, sin embargo, garantizan a los autores soluciones conforme a cada necesidad individual, tema muy sensible en los países latinoamericanos en donde los autores son considerados trabajadores independientes que no tienen garantizada la seguridad social.

i. Facilita la tarea de los usuarios en orden a obtener las preceptivas licencias. Gracias a las entidades de gestión colectiva el usuario no necesita recabar autorizaciones de uso o licencias de cada titular en particular, sino que, para determinados usos, las entidades a través de la denominada “ventanilla única” conceden licencias sobre repertorios globales o catálogos amplios de obras para su licenciamiento. Este sistema se presenta como un instrumento

útil y absolutamente necesario para hacer frente a una sociedad que demanda cada vez más y mayor variedad de contenidos culturales.

j. Es el órgano de consultoría y observancia por excelencia para el titular del derecho de autor, a través del cual conoce el alcance del derecho que le asiste, recibe asesoría para el ejercicio legítimo de su derecho e inicia investigaciones y acciones ante las autoridades competentes de hechos que infringen el derecho de exclusiva.

k. Es una administradora y observadora del respeto de la información o datos que identifican a la obra. Las entidades de gestión colectiva son, desde el punto de vista de su actividad, una organización administradora de bases de datos sobre autores, titulares de derechos, contratos, identificación de la obra, entre otros datos necesarios para la administración eficaz del derecho de autor a través de la tecnología, así como observadora del respeto de la información o datos que identifican a la obra para la gestión del derecho de autor.

l. Genera seguridad jurídica en el mercado cultural. Las entidades de gestión colectiva fijan una remuneración adecuada mediante tarifa, la cual se adecua al tipo de explotación que se realice conforme al principio de proporcionalidad. En el ámbito de las utilizaciones masivas, celebran contratos generales con asociaciones de usuarios del repertorio que representan y fijan tarifas generales por la utilización.

34. Las nuevas tecnologías multiplican vertiginosamente el número de usuarios que pueden acceder al uso o disfrute de una obra protegida y también han reducido los costes vinculados a la gestión individual del derecho de autor, haciendo “teóricamente” viable la gestión individual para determinados casos, siendo cuestionable para algunos la justificación de las entidades de gestión colectiva (voluntaria y obligatoria), al considerar que la reducción generalizada en los costes de la gestión derivada del progreso tecnológico está haciendo viable la gestión individual que podría llevarse a cabo a través de sistemas de gestión digital de derechos (DRM). Estos sistemas permiten, desde una infraestructura tecnológica autorizar el uso de las obras, garantizar los pagos y vigilar y monitorizar el uso, de un modo barato y seguro.

35. La gestión individual de derechos a través de sistemas de gestión digital (DRM), no es viable económicamente cuando los derechos de propiedad intelectual tienen poco valor relativo para un gran número de usuarios, porque

los costes de transacción representan un obstáculo. En esta alternativa, el coste de la negociación individual y el coste de ejercitar las acciones administrativas o judiciales individualmente, son superior al beneficio que obtendría el titular del derecho. Por este motivo la doctrina económica es unánime en reconocer que la gestión individual a través de sistemas DRM, no es una solución eficaz para la administración de estos derechos<sup>12</sup>.

36. Además, los sistemas de gestión individual a través de sistemas DRM, no constituyen una herramienta establecida y regulada por los estados para garantizar la observancia de los derechos humanos y su equilibrio, sino, por el contrario, constituyen un impedimento para garantizar las obligaciones de los estados conforme a las declaraciones y tratados de derechos humanos. En la segunda edición de *Tesoro de los Romanceros*, de 1840, Eugenio de Ochoa suprime su prólogo donde se reproduce las ideas de Bello y lo sustituye por un Estudio Preliminar, tal vez consciente de haber violado los derechos de autor del intelectual nacido venezolano y naturalizado chileno.

37. El titular del derecho patrimonial de autor puede ejercer la administración individual que le asiste valiéndose de otras personas auxiliares, designadas y sufragadas por él mismo como es el caso de la gestión individual a través de sistemas DRM; pero desde luego, pensar en mandatarios individuales podría significar gastos muy onerosos. Existen propuestas de creación de agencias y oficinas en función de los intereses de una pluralidad y siempre pequeña representación de titulares de derecho; aunque hasta el presente, la experiencia indica que esta solución tampoco ha sido acertada<sup>13</sup>, menos aun cuando la representación ofrecida es limitada, evidenciándose una particular incapacidad para operar frente a las “utilizaciones masivas” de obras del ingenio.

38. En boca de los usuarios, la pluralidad de tipologías de titulares de obras, de derechos y formas de explotación que recogen las leyes sobre derecho de autor da lugar a un sistema complejo, que en muchas ocasiones genera incertidumbre a los usuarios que explotan obras y prestaciones sobre los pagos que han de realizar y las autorizaciones que han de obtener, dificultando su interacción con los titulares de derecho de autor; ahora bien, sí

<sup>12</sup> HANDKE, C. y TOWSE, R. Economics of Copyright Collecting Societies. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 38, No.8, pág. 939.

<sup>13</sup> LENCE REIJA, Carmen. *La Gestión Colectiva de los derechos de Propiedad Intelectual Frente al Derecho de la Competencia*. Universidad de Santiago de Compostela. Tesis Doctoral. 2013. p. 60.

a este le agregamos la posibilidad de la gestión individual a través de sistemas de gestión digital (DRM), la incertidumbre que plantean los usuarios será aún mayor.

39. La incertidumbre de los usuarios disminuirá en la medida en que se fortalezca el sistema gestión colectiva, se regule la gestión colectiva obligatoria en aquellos casos o modalidades donde la gestión individual y la voluntaria no sea viable; se establezcan sistemas de resolución de controversias eficientes, expeditos y económicos para la revisión de tarifas abusivas; se den respuestas expeditas y ajustadas a derecho a las solicitudes de autorización de las entidades de gestión colectiva; los procesos de fiscalización de las entidades de gestión sean eficientes y teniendo como norte hacer valer los principios deontológicos de la gestión colectiva; la observancia del derecho de autor sea eficaz y las leyes sobre la protección del derecho de autor se actualicen y cumplan con las exigencias mínimas de protección internacional; asegurarse que la representación a través de la gestión colectiva sea para todos los titulares del derecho patrimonial de autor, exclusivo o de remuneración, de la modalidad bajo gestión colectiva, sea o no socio de la entidad en el caso de la gestión colectiva obligatoria; convirtiéndose las entidades de gestión colectiva herramientas imprescindibles para el mercado de la observancia eficaz del titular derecho patrimonial de autor, el mercado de la cultura, el acceso a la innovación y su divulgación.

#### **IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA (VOLUNTARIA Y OBLIGATORIA)**

40. Las entidades de gestión colectiva de derecho de autor en Iberoamérica son, en su mayoría, constituidas y desarrolladas a través de asociaciones de naturaleza privada (para el CELARC el término más apropiado para catalogar su naturaleza jurídica es el de *sui generis* que les atribuyó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina)<sup>14</sup>, de titulares de derecho que de forma voluntaria se hacen parte conforme a los estatutos del contrato social, sin propósito de lucro y cuyo objeto principal es administrar las remuneraciones recaudadas y distribuirlas luego a los titulares del derecho de autor conforme al reglamento correspondiente que los propios titulares de

---

<sup>14</sup> CERLAC. Panorama de la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en Iberoamérica. Documentos. CERLAC Derecho de Autor, 2018, p. 17. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 22-ip-98. Sentencia con fecha del 25 de noviembre de 1998. Recuperado de: <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=669>.

derecho se dan en sus asambleas de socios; actividades que deben desarrollarse bajo los principios universales de la gestión colectiva de transparencia, respeto, igualdad y democracia<sup>15</sup>.

41. La fuente sobre la administración colectiva de derechos asumida por una entidad de gestión colectiva puede proceder bien del contrato, -en el caso de la gestión colectiva voluntaria -, bien de la ley -gestión colectiva obligatoria- aunque luego la ejecución del mandato puede derivar en un contrato social o de la presunción legal. Se trata de supuestos en los que legalmente es indudable que la única manera de hacer efectivo el derecho de autor es a través de la gestión colectiva. En estos casos el legislador, prescindiendo de la libertad contractual del titular, pero reconociendo sus obligaciones en la observancia de los derechos humanos, las prerrogativas de los titulares de derechos de autor y la de los usuarios, decide que determinados derechos únicamente pueden ser administrados obligatoriamente por las entidades autorizadas por la autoridad competente<sup>16</sup>.

42. Son requisitos comunes en las legislaciones iberoamericanas a ser exigidos por la autoridad nacional competente en materia de derecho de autor a los titulares de derechos en el contrato asociación civil del cual se hace parte de manera voluntaria o por ley, conforme a si es una asociación civil de gestión colectiva voluntaria u obligatoria que tiene por objeto gestionar derechos de

---

<sup>15</sup> ZIEGLER, Jean Alexiz. Sobre el cometido y posición de las Sociedades de Autores en el sistema del Derecho de Autor. Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales: (del autor, el artista y el productor) a la memoria de Roberto Goldsmidt / Universidad Católica Andrés Bello y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Caracas, 1991, p. 155.

<sup>16</sup> Algunos ejemplos de gestión colectiva obligatoria los encontramos en la Ley sobre Derecho de Autor de Venezuela, el artículo 54 que regula la gestión del derecho de reventa de obras de artes plásticas que establece "(...) La recaudación de la remuneración prevista precedentemente, deberá ser encomendada a una entidad de gestión colectiva", constituyéndose como entidad de gestión colectiva la Asociación de Artistas Plásticos y Visuales -AUTORARTE- derivada su constitución en un contrato social registrado en el año 1999"; en el artículo 121 del Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, establece un capítulo sobre la gestión colectiva obligatoria en donde se reconoce "a favor del autor de forma irrenunciable derechos de remuneración equitativa, el derecho de recibir una compensación por reventa de obras plásticas. Los derechos de remuneración equitativa serán de gestión obligatoria"; en el artículo 36 de la Ley 1328 de 1998 "Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos" de Paraguay establece para el caso de los derechos de remuneración compensatoria que "La recaudación y distribución de la remuneración a que se refiere este capítulo, se hará efectiva a través de las correspondientes entidades de gestión colectiva, las cuales deberán verificar la recaudación, sea delegando la cobranza en una de ellas, o bien constituyendo un ente recaudador con personería jurídica propia", pudiéndose interpretar que es necesario que el mandato legal de la gestión colectiva obligatoria se constituya a través de un contrato social para su desarrollo.

autor de forma colectiva: a. no perseguir fines de lucro<sup>17</sup>, b. no hacer aportes a capital, c. no constituirse en intuitu personae y d. distribución de las remuneraciones recaudadas en función del uso de la obra y no del número o importancia.

43. La condición de asociación privada de las entidades de gestión colectiva no impide que la ley de cada país pueda establecer otros requisitos, sin embargo, en Iberoamérica encontramos algunos que son comunes, a saber: a. la solicitud de funcionamiento y el régimen de fiscalización por parte del Estado, b. normas administrativas, c. órganos estatutarios, d. deberes y atribuciones de los socios, e. formalidades de registro especiales, f. rendición de cuentas, g. reglamentos de reparto, h. reglamento para el establecimiento de tarifas, entre otros, los cuales formarían parte del carácter asociativo conforme a las particularidades de la gestión económica de los derechos administrados que sirven para brindar seguridad jurídica a los titulares de derecho y a usuarios de obras protegidas.

44. Las entidades de gestión colectiva obligatoria, a diferencia de la gestión colectiva voluntaria, no siempre están facultadas para fijar tarifas de remuneración ni establecer las condiciones de las licencias de uso de la obra, sino que, en la mayoría de los casos, el propio dispositivo legal lo establece o pudiera participar la administración pública con la entidad de gestión colectiva en la construcción de la tarifa a través de la autoridad competente, un ejemplo es el artículo 219 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación del Ecuador, que establece la reglamentación de las tarifas en el caso de la gestión obligatoria, a saber: “El titular de los derechos de una obra la cual sea objeto de una licencia obligatoria, tendrá derecho a recibir un pago por el uso efectivo de dicha obra, que será fijado por la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales conforme lo disponga el reglamento respectivo. En caso de que el titular se niegue a recibir el pago o no se pueda efectuar dicho pago, este valor podrá ser consignado a su representante o a la sociedad colectiva del género de la obra o prestación”<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Es el caso de Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay. En los casos de Argentina, Bolivia, República Dominicana y Venezuela no especifican en su marco legal si les están vedados los fines de generar ganancia. Costa Rica permite expresamente que las sociedades de gestión colectiva también tengan por objeto la ganancia. CERLAC, Ob. Cit. p. 18.

<sup>18</sup> Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, Ecuador, 01 de diciembre 2016.



45. Las entidades colectivas originadas en el contrato asociativo privado se caracterizan por ser:

a. Abiertas, es decir, que pueden ser miembros de ellas todos los creadores titulares de derechos de autor que la asociación tenga por objeto representar, y en el caso de las entidades de gestión colectiva obligatoria, todas las que voluntariamente se adhieran y las que no lo hagan en los términos que establezca la ley.

b. Dirigidas y administradas por los propios titulares del derecho de autor, garantizando la autonomía del funcionamiento de las entidades de gestión colectiva como principales interesados.

c. Autorizadas y fiscalizadas por el Estado a través de la autoridad competente en materia de derecho de autor, que además puede sancionarlas cuando no cumplen con el mandato de la ley, sobre todo en la eficiente de los costes administrativos de la entidad de gestión, como órgano rector garante del interés colectivo sobre la administración de las remuneraciones provenientes de la recaudación de las remuneraciones que correspondan por el licenciamiento de los repertorios de obras que administre

d. De potestades no absolutas, reguladas por la ley, tanto en el establecimiento de tarifas como en la actuación administrativa, garantizándose el derecho a la defensa y la posibilidad de revisión administrativa o judicial de tarifas que asociaciones de usuarios consideren abusivas.

46. El núcleo fundamental de funciones que realizan las entidades de gestión colectiva consiste en: a. conceder licencias para el uso de su repertorio, b. fijar tarifas generales, c. recaudar los pagos por remuneración, d. vigilar el uso que se hace de las obras, e. detectar posibles infracciones y actuar contra ellas, f. distribuir los pagos recaudados, descontando los gastos administrativos, g. apoyar con ayuda social a los titulares socios de la entidad. Desde el punto de vista de la organización del mercado cultural, las entidades de gestión colectiva prestan servicio de gestión a los titulares, de concesión de licencias a usuarios y servicios de gestión a otras entidades de gestión colectivas, extranjeras o nacionales. Todas estas actividades fortalecen la observancia del derecho de autor y la evolución cultural de la sociedad civil.

## V. DERECHOS DE AUTOR BAJO GESTIÓN COLECTIVA OBLIGATORIA EN IBEROAMÉRICA. EL CASO DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS AUDIOVISUALES

47. Las legislaciones iberoamericanas establecen un catálogo de actos que constituyen derechos exclusivos de comunicación pública de obras protegidas, que no podrán realizarse sin autorización previa del titular del derecho o, por haberlo decidido así éste, de las entidades de gestión colectiva voluntaria<sup>19</sup>.

48. A diferencia del derecho exclusivo de comunicación pública, legislaciones en derecho de autor como la de España, siguiendo las directivas europeas, prevén prerrogativas de carácter remunerativo e irrenunciable, para la cual se establece una gestión colectiva obligatoria, particularmente para el derecho de remuneración por actos de comunicación pública de obras audiovisuales en caso de retransmisión por cable<sup>20</sup>.

49. Apuestas legislativas de gestión colectiva obligatoria como la de la Unión Europea en la modalidad de comunicación pública de obras audiovisuales en caso retransmisión por cable, fortalecen el derecho de autor de los titulares y la gestión colectiva como principal herramienta efectiva y eficiente en la observancia del derecho de autor, tomando en consideración

---

<sup>19</sup>Es el caso de México, artículo 27 de la Ley Federal del Derecho de Autor, publicada el 01.07.2020; Colombia, artículo 12(d) Ley 1915 de 2018; Perú, artículos 31 y 33 Decreto Legislativo No. 822 Ley sobre Derecho de Autor 1996, rev. 2021; Ecuador artículos 120 y 123 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Información 2016.

<sup>20</sup>Es el caso de España, artículo 20.4 de la Ley de Propiedad Intelectual -LPI-. Derechos de remuneración por actos de comunicación pública de los titulares de derechos de autor en el caso de la retransmisión por cable. Establece la modalidad colectiva de gestión obligatoria para este derecho conforme a lo establecido en la Directiva Europea 93/83/CEE al decir que “Los Estados miembros garantizarán que el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor o derechos afines de prohibir o autorizar la distribución por cable de una emisión sólo pueda ejercerse a través de una entidad de gestión colectiva”. En efecto, el art. 20.4.b LPI establece que el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor de autorizar la retransmisión por cable se ejercerá, exclusivamente, a través de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual. Por tanto, está claro que no cabe la gestión individual, lo que no está tan claro es si el titular de los derechos puede oponerse o prohibir esta comunicación, puesto que el siguiente apartado de este precepto se nos dice que “En el caso de titulares que no hubieran encomendado la gestión de sus derechos a una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, los mismos se harán efectivos a través de la entidad que gestione derechos de la misma categoría”, señalando más adelante, “gozarán de los derechos y quedarán sujetos a las obligaciones derivadas del acuerdo celebrado entre la empresa de retransmisión por cable y la entidad en la que se considere hayan delegado la gestión de sus derechos”.

la imposibilidad de gestionar este derecho de forma individual o a través de la gestión colectiva voluntaria.

50. El reconocimiento legislativo en la mayoría de las legislaciones iberoamericanas sobre derecho de autor del derecho de exclusiva por la comunicación pública de obras audiovisuales y el derecho de remuneración por retransmisión por cable de las obras audiovisuales, no ha constituido una limitante para que, asociaciones de distribuidores, operadores de señales de televisión y organismos de radiodifusión, planteen ante las autoridades administrativas, judiciales y legislativas que se les exceptione de cumplir con la solicitud de autorización y de obtener licencias de remuneración para comunicación pública, modalidad retransmisión de obras audiovisuales cuando cumplan con su obligación, generalmente establecida en la ley de telecomunicaciones, de incluirlas en la transmisión de sus señales -must carry- o la obligación de los organismos de radiodifusión de ofrecer a todos los concesionarios de televisión restringida su señal -mus offer- fundamentándose en el derecho de acceso a la cultura y el derecho de acceso a la información, el derecho a la libre competencia, entre otros derechos humanos.

51. Para aclarar el alcance de la excepción al derecho de retransmisión de obras audiovisuales frente a los titulares del derecho exclusivo del autor de estas obras, de los titulares de derechos conexos a la obra audiovisual o que usan estas obras en sus transmisiones como organismos de radiodifusión, en virtud de las confusiones generadas en algunos sectores de las telecomunicaciones e incluso en las interpretaciones judiciales, como lo señala DE LA PARRA<sup>21</sup>:

*«La adición del must offer y del must carry, de la forma y con el alcance que se hizo (se refiere el autor a la regulación realizada en la reforma constitucional del 2013), no fue la más adecuada y equilibrada, además de no ser el mejor medio para lograr el fin propuesto, máxime que se ignoró la proporcionalidad ... Ahora bien, a pesar de sus deficiencias, el actual marco jurídico en la materia es aceptable en relación con la forma en que interactúan estas figuras con los derechos de propiedad intelectual.*

---

<sup>21</sup> DE LA PARRA T., Eduardo. Retransmisiones televisivas, derechos de autor y telecomunicaciones. El debate sobre el must offer y el must carry. Editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Centro de Estudios Constitucionales SCJN. Ciudad de México, México, Pp, 128-129, 2017.

*En efecto, una mala redacción de las disposiciones normativas que contemplan el must offer/carry hubiera podido afectar indiscriminadamente los sendos “derechos de retransmisión” en materia de derechos de autor y derechos conexos. Sin embargo, nuestro orden jurídico, empezando con la Constitución, es lo mínimamente claro para saber cuales derechos intelectuales se afectan y cuáles no -si bien se hubiera deseado mayor claridad y técnica jurídica, las actuales disposiciones jurídicas son al menos suficientes-.*

*No obstante, el desconocimiento de la teoría y la normatividad vigente, tanto nacional como internacional, en materia de propiedad intelectual ha llevado a desafortunadas confusiones entre académicos, periodistas, políticos, abogados, jueces y demás operadores involucrados; en especial, por no diferenciar los derechos conexos de los derechos de autor [...].» (comentario resaltado nuestro).*

52. Países latinoamericanos, como México, ha actualizado su regulación del must offer y must carry en la Ley Federal del Derecho de Autor del 14 de julio de 2014, regulando esta limitación al derecho retransmisión de obras audiovisuales en los artículos 27, fracción I y 144, de la siguiente manera:

*«[...] sin perjuicio de la obligación de los concesionarios de radiodifusión de permitir la retransmisión de su señal y de la obligación de los concesionarios de televisión restringida de retransmitirla en los términos establecidos en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión y sin menoscabo del derecho de autor y los derechos conexos que correspondan».*

53. Formula legislativa mexicana que tiene su origen en la reforma constitucional de 2013 en materia de telecomunicaciones, que incluyó el mustoffer/must carry en el capítulo transitorio del decreto en el artículo octavo, en los términos siguientes: disertación, sobre la evolución de la concepción del derecho de autor en la historia occidental, que desencadenaría la percepción que al respecto tenía Bello sobre esta materia.

*«Octavo. [...] I.- Los concesionarios que presten servicios de televisión radiodifundida están obligados a permitir a los concesionarios de televisión restringida la retransmisión de su*

*señal, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde.*

*Los concesionarios que presten servicios de televisión restringida están obligados a retransmitir la señal de televisión radiodifundida, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde, e incluirla sin costo adicional en los servicios contratados por los suscriptores y usuarios. Los concesionarios de televisión restringida vía satélite sólo deberán retransmitir obligatoriamente las señales radiodifundidas de cobertura del cincuenta por ciento o más del territorio nacional. Todos los concesionarios de televisión restringida deberán retransmitir las señales radiodifundidas por instituciones públicas federales.»*

54. Sobre el avance legislativo mexicano concluye DE LA PARRA<sup>22</sup> de siguiente manera:

*«Lo anterior genera la expectativa de que, más pronto que tarde, nuestros jueces manejen con mayor solvencia el Convenio de Berna y comprendan el alcance que el “derecho de retransmisión” tiene en el régimen de derechos de autor. Sin embargo, esto no puede tardar mucho, pues las resoluciones actuales se traducen en que el Estado mexicano está incumpliendo sus obligaciones internacionales en la materia, sujetando nuestro país a responsabilidad internacional y al riesgo de alguna reclamación, principalmente ante el Órgano de Solución de Controversias de la OMC o ante un panel del TLCAN, e incluso, ante la Corte Internacional de Justicia».*

---

<sup>22</sup> DE LA PARRA T., Eduardo. Retransmisiones televisivas, derechos de autor y telecomunicaciones. El debate sobre el must offer y el must carry. Editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Centro de Estudios Constitucionales SCJN. Op Cit. p 253.

55. Situación contraria encontramos en Colombia, donde la Dirección Nacional de Derecho de Autor, en una interpretación acertada de las normas que rigen las telecomunicaciones (Ley 680 de 2001) frente al derecho de autor, señala que “(...) corresponde al deber de los operadores de televisión por suscripción de garantizar sin costo a los suscriptores, la recepción de canales colombianos de televisión abierta, cuestión que no se contrapone con la obligación de que la comunicación al público de una obra audiovisual requiere de la autorización previa y expresa de sus titulares (...) y cuando un tercero se apropia del ejercicio de un derecho exclusivo del titular originario o derivado de una obra protegida sin contar con la debida autorización previa y expresa, o bien, sin estar amparado en alguna limitaciones y excepciones previstas en el ordenamiento jurídico, se está frente a una infracción en materia de propiedad intelectual”, de forma tal que, el deber de los operadores de televisión por suscripción de garantizar a la población el acceso a canales de televisión abierta no se contrapone a la obligación de solicitar la correspondiente autorización a los titulares de derechos de las obras audiovisuales contenidas en la señal a los titulares, contribuyendo la gestión colectiva a la efectividad de la protección de su derecho, y en caso de ser imposible gestionarlo a través de la gestión colectiva voluntaria, que los estados provean las leyes para una gestión colectiva obligatoria.

56. Producto también de controversias acaecidas en Colombia, el Tribunal Andino de Justicia -TSJ- se pronunció sobre las interpretaciones prejudiciales solicitadas por empresas de servicio de televisión por suscripción, en conflictos de intereses planteados por la entidad de gestión colectiva que administra los derechos de los productores audiovisuales en el territorio colombiano, EGEDA COLOMBIA, declarando en el análisis de las Interpretaciones Prejudiciales 122-IP-2020 y 139-IP-2020 que,

*«[...] según el TJCA: a) La empresa de televisión abierta que emite o transmite obras audiovisuales a través de su señal, necesita la autorización de los titulares (Interpretación Prejudicial 139-IP-2020, párrafo 5, p. 6. 23), originarios o derivados, del derecho patrimonial de comunicación pública que recae sobre dichas obras. En consecuencia, los productores, y, de ser el caso, los autores de obras audiovisuales o la sociedad de gestión colectiva que agrupa a productores de obras audiovisuales, según corresponda, tienen que autorizar a la empresa de televisión abierta para que esta efectúe una comunicación pública de dichas obras, comunicación*

*que se realiza cuando la referida empresa emite o transmite las obras audiovisuales a través de su señal de televisión. b) La empresa de televisión abierta no necesita obtener la autorización mencionada en el literal a) precedente, si ella es la productora de las obras audiovisuales que emite o transmite a través de su señal. c) La empresa de televisión por suscripción que retransmite obras audiovisuales previamente radiodifundidas necesita la autorización previa de los titulares del derecho patrimonial de comunicación pública que recae sobre dichas obras. En consecuencia: (i) Los productores y, de ser el caso, los autores de obras audiovisuales o la sociedad de gestión colectiva que agrupa a productores de obras audiovisuales, según sea el caso, tienen que autorizar a la empresa de televisión por suscripción para que esta efectúe una comunicación pública de dichas obras, comunicación que se realiza cuando la mencionada empresa retransmite obras audiovisuales previamente radiodifundidas, lo que ocurre cuando la empresa de televisión por suscripción retransmite la señal de la empresa de televisión abierta; o, (ii) La empresa de televisión de señal abierta productora de obras audiovisuales tiene que autorizar a la empresa de televisión por suscripción para que esta efectúe una comunicación pública de dichas obras, comunicación que se realiza cuando la segunda retransmite obras audiovisuales previamente radiodifundidas por la primera, lo que ocurre cuando la empresa de televisión por suscripción retransmite la señal de la empresa de televisión abierta. La autorización señalada en los núm. (i) y (ii) precedentes opera incluso si la empresa de televisión por suscripción está obligada, por mandato legal (must carry), a retransmitir la señal de la empresa de televisión abierta, es decir, cuando está obligada a incluir la señal de la empresa de televisión abierta en su oferta de servicios en su parrilla de canales.»*

57. Es posible verificar de las decisiones de interpretación prejudicial de la norma andina que, en los casos de excepciones o limitaciones del derecho conexo de comunicación pública de los organismos de radiodifusión, must carry, no aplica al derecho patrimonial de autor de retransmisión de la obra audiovisual, por lo que es necesario la solicitud de autorización para su uso y el pago de la remuneración correspondiente, así mismo, la gestión colectiva ejercida para la defensa del derecho patrimonial de autor de obras audiovisuales

sale fortalecida frente a los usuarios con este tipo de decisiones que aclaran el alcance del derecho patrimonial de autor y la legitimidad de las entidades de gestión colectiva en su ejercicio.

58. Al titular del derecho de autor de la modalidad retransmisión le asisten prerrogativas constitucionales que garantizan su derecho de autor, fórmulas de regulación como el *must carry* y *must offer* constituyen excepciones al derecho de exclusiva de autor que debilitan su observancia y desconocen los principios internacionales previstos en el Convenio de Berna, cuestión que se agrava cuando no se cuenta con una gestión colectiva que administre los derechos de un repertorio global y mucho más si no existe una legislación clara para la regulación de este tipo de excepciones, por tanto, la obligación de los estados se hace ineficaz frente a la inexistencia de un sistema de protección del derecho de autor.

59. Llama la atención que en Latinoamérica no encontremos herramientas como la gestión colectiva obligatoria que permitan gestionar el derecho de comunicación pública en casos excepcionales donde no se gestione a través de la gestión colectiva voluntaria o se imposibilite su gestión voluntaria, pero si encontramos legislaciones que avanzan en excepcionar el derecho exclusivo de autor para un uso libre, convirtiéndose los estados que aprueban este tipo de normas en incumplidores de las obligaciones establecidas en las declaraciones y pactos sobre derechos humanos.

## CONSIDERACIONES FINALES

60. Este breve acercamiento al tema de la gestión colectiva nos permite asegurar que la mayoría de los países iberoamericanos cuentan con leyes sobre derecho de autor que cumplen con los estándares mínimos de protección exigidos por el Sistema Internacional del Derecho Privado de Autor.

61. Un ejemplo de la anterior afirmación lo encontramos en las experiencias satisfactorias de gestión colectiva en la mayoría de los países iberoamericanos y en Latinoamérica, Argentina enseña el camino desde hace más de 100 años, lo que desde luego es una buena señal de que, la gestión colectiva es una herramienta indispensable para la observancia efectiva del derecho de autor.



62. La imposibilidad de titular del derecho de poder hacer efectiva la remuneración que le asiste a través de la gestión colectiva voluntaria, hace necesario que los estados iberoamericanos legislen sobre la gestión colectiva obligatoria como herramienta eficaz para hacer efectivo su derecho.

63. La gestión colectiva obligatoria en Latinoamérica tiene aún un largo camino por recorrer, pero ya encontramos las primeras normas en 1993 con la Ley sobre Derecho de Autor de Venezuela y más recientemente el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, creatividad e Innovación de 2016 que colocan los primeros cimientos para el desarrollo legislativo de esta institución del derecho de autor y herramienta excepcional para que los países latinoamericanos cumplan con las obligaciones asumidas en las declaraciones y pactos internacionales.

64. En aquellos países donde la legislación ya ha establecido algunos principios sobre la gestión colectiva obligatoria, las autoridades competentes tienen el compromiso de apoyar su regulación y desarrollo y, en aquellos países en donde la legislación aún no se ha previsto, la obligación urgente de adoptar criterios para su reconocimiento y materialización en usos donde la administración individual no se gestione voluntariamente o sea imposible gestionarla, como es el caso particular de los actos de comunicación pública de obras audiovisuales en caso de retransmisión por cable.

## REFERENCIAS CONSULTADAS

CERLAC. Panorama de la Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en Iberoamérica. Documentos. CERLAC Derecho de Autor, 2018, p. 17. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 22-ip-98. Sentencia con fecha del 25 de noviembre de 1998. Recuperado de: <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=669>.

CERLAC. Es el caso de Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay. En los casos de Argentina, Bolivia, República Dominicana y Venezuela no especifican en su marco legal si les están vedados los fines de generar ganancia. Costa Rica permite expresamente que las sociedades de gestión colectiva también tengan por objeto la ganancia. , Ob. Cit. p. 18.

Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, Ecuador, 01 de diciembre 2016.

DE LA PARRA T., Eduardo. Retransmisiones televisivas, derechos de autor y telecomunicaciones. El debate sobre el must offer y el must carry. Editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Centro de Estudios Constitucionales SCJN. Ciudad de México, México, 2017.

- DESANTES, Manuel. Conferencia XXI Congreso ASIPI, México 27 de enero de 2014. Op Cit.
- DRAHOS, Peter. Filosofía de la propiedad intelectual, Dartmouth, 1996.
- FICSOR, Mihály. La gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos en una triple encrucijada: ¿Deberá seguir siendo voluntario o debería “ampliarse” o establecerse como obligatorio?, Boletín de Derecho de Autor, UNESCO, 2003.
- GÓMEZ MUCI, Gileni. El Derecho de Autor en el marco de los derechos humanos y su consagración constitucional en España y demás países iberoamericanos. Editorial Jurídica Venezolana, colección Estudios Jurídicos, No. 112, Caracas, 2016.
- Guía del Convenio de Berna para la Protección de la Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971) (wipo.int). [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo\\_pub\\_615.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf)
- HANDKE, C. y TOWSE, R. Economics of Copyright Collecting Societies. International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 38, No.8, pág. 939.
- LENCE REIJA, Carmen. La Gestión Colectiva de los derechos de Propiedad Intelectual Frente al Derecho de la Competencia. Universidad de Santiago de Compostela. Tesis Doctoral. 2013. p. 60.
- Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual de Chile ,artículo 21.
- Ley sobre Derecho de Autor de Venezuela, el artículo 54.
- UCHTENHAGEN, Ulrich. El establecimiento de una sociedad de derecho de autor. Experiencias y observaciones. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2005, p
- VERDOOT, Albert. Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Nacimiento y Significación. Ediciones Biblioteca Mensajero, Madrid, 1970, p. 45.
- ZIEGLER, Jean Alexiz. Sobre el cometido y posición de las Sociedades de Autores en el sistema del Derecho de Autor. Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales: (del autor, el artista y el productor) a la memoria de Roberto Goldsmid / Universidad Católica Andrés Bello y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Caracas, 1991, p. 155.